

Sachgebiet:

BVerwGE: ja
Übersetzung: nein

Personalvertretungsrecht und Richtervertretungsrecht

Rechtsquelle/n:

HmbPersVG § 87 Abs. 1, § 88 Abs. 1 Nr. 25, § 99 Abs. 2

HmbBG § 10 Abs. 1 Satz 1

ArbGG § 92 Abs. 2 Satz 1, § 93 Abs. 1 Satz 1, § 96 Abs. 1 Satz 2

ZPO § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3

BPersVG a. F. § 69 Abs. 1, § 75 Abs. 3 Nr. 14

BPersVG § 70 Abs. 1, § 78 Abs. 1 Nr. 12

Titelzeile:

Mitbestimmung beim Absehen von Ausschreibung

Leitsatz:

Besteht grundsätzlich eine Ausschreibungspflicht, greift die Mitbestimmung wegen des Verzichts auf die Ausschreibung zu besetzender Stellen (§ 88 Abs. 1 Nr. 25 HmbPersVG) unabhängig davon ein, ob die Nichtvornahme der Ausschreibung nach dem zugrunde zu legenden speziellen Regelwerk auf einer zwingenden Ausnahme beruht oder ins Ermessen des Dienststellenleiters gestellt ist.

Beschluss des 5. Senats vom 19. Dezember 2023 - BVerwG 5 P 6.22

- I. VG Hamburg vom 27. August 2021
Az: 25 FL 53/21
- II. OVG Hamburg vom 5. Mai 2022
Az: 14 Bf 295/21.PVL



Bundesverwaltungsgericht

IM NAMEN DES VOLKES
BESCHLUSS

BVerwG 5 P 6.22
14 Bf 295/21.PVL

In der Personalvertretungssache



hat der 5. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 19. Dezember 2023
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Störmer und
die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Stengelhofen-Weiß, Dr. Harms
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Holtbrügge und Preisner

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Antragstellers werden der
Beschluss des Hamburgischen Obergerichtes vom 5. Mai 2022 und der Beschluss des Verwaltungsge-
richts Hamburg vom 27. August 2021 geändert.

Es wird festgestellt, dass die Beteiligte das Mitbestim-
mungsrecht des Antragstellers gemäß § 88 Abs. 1 Nr. 25
HmbPersVG beim Verzicht auf die Ausschreibung von
Stellen, die besetzt werden sollen, verletzt hat, als sie, ohne
die Stellen vorher auszuschreiben, die Beamtin A von der
Stelle ASD-L 40 auf die Stelle BAS-L 10 umsetzte und die
Stelle ASD-L 40 nach Beendigung ihrer Elternzeit mit der
Beamtin B besetzte.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Beteiligten streiten über ein Mitbestimmungsrecht des Antragstellers beim Unterlassen von Ausschreibungen.
- 2 Der Antragsteller ist der beim Bezirksamt ... gebildete Personalrat, die Beteiligte dessen Leiterin. Zum 15. Januar 2021 wurde innerhalb des Fachamtes Jugend- und Familienhilfe des Bezirksamtes ... mit deren jeweiligem Einverständnis die Sozialamtfrau A vom Dienstposten ASD-L 40 auf den seit dem 1. Oktober 2020 freien Dienstposten BAS-L 10 umgesetzt und die Sozialamtfrau B, die vor ihrer Elternzeit den Dienstposten ASD-L 30 bekleidet hatte, auf den Dienstposten ASD-L 40 gesetzt, ohne dass die Stellen zuvor ausgeschrieben wurden. Alle drei Dienstposten sind nach der Besoldungsgruppe A 11 bewertet, der die beiden Beamtinnen zugeordnet sind.

- 3 Darüber informierte die Beteiligte den Antragsteller, der nach erfolgloser Geltendmachung eines Mitbestimmungsrechts nach § 88 Abs. 1 Nr. 25 HmbPersVG die Einleitung des personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahrens mit dem Ziel beschloss, feststellen zu lassen, dass die Beteiligte seine Mitbestimmungsrechte dadurch verletzt habe, dass sie ohne vorherige Ausschreibung Frau A von der Stelle ASD-L 40 auf die Stelle BAS-L 10 umsetzte und zugleich Frau B nach Beendigung ihrer Elternzeit auf der Stelle ASD-L 40 unterbrachte.

- 4 Der Antrag hat weder vor dem Verwaltungsgericht noch vor dem Oberverwaltungsgericht Erfolg gehabt. Zur Begründung hat das Oberverwaltungsgericht ausgeführt, die Beteiligte habe durch das Unterlassen der Ausschreibungen keine Mitbestimmungsrechte des Antragstellers verletzt. Insbesondere ergebe sich ein Mitbestimmungsrecht des Antragstellers nicht aus § 88 Abs. 1 Nr. 25 HmbPersVG. Ein der Mitbestimmung bedürftiger Verzicht auf eine Ausschreibung setze voraus, dass eine Ausschreibung im Grundsatz vorgeschrieben oder zumindest in einer Weise regelhaft sei, dass ein Abweichen hiervon eine Entscheidung der Dienststelle erfordere. Das sei hier nicht der Fall. Nach § 10 HmbBG und Ziffer 5.1 der Stellenanordnung für die hamburgische Verwaltung seien freie oder absehbar freiwerdende Stellen zwar grundsätzlich auszuschreiben, eine Ausschreibungspflicht bestehe danach aber nicht für freie Stellen, die – wie hier – durch "FHH-interne Umsetzung" (d. h. Umsetzung innerhalb Hamburger Behörden), Abordnung, Versetzung, Zuweisung oder andere personalrechtliche Maßnahmen jeweils wertgleich besetzt werden sollten. Da deshalb weder für Frau A noch für Frau B eine Ausschreibungspflicht bestehe und Ausschreibungen in vergleichbaren Fällen bei der Beteiligten auch nicht allgemein üblich seien, könne nicht von einer Entscheidung über die Ausschreibung durch die Beteiligte und daher auch nicht von einem Ausschreibungsverzicht ausgegangen werden. Zu keinem anderen Ergebnis gelange man im Lichte des vom Antragsteller zitierten Beschlusses des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Januar 2010 - 6 P 10.09 - (BVerwGE 136, 29), der sich auf den hier zu entscheidenden Fall nicht übertragen lasse.

- 5 Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit seiner Rechtsbeschwerde und trägt insbesondere vor, das Mitbestimmungsrecht aus § 88 Abs. 1 Nr. 25 HmbPersVG

sei auch verletzt, soweit die verfahrensgegenständlichen Stellen nicht ausschreibungspflichtig gewesen seien. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verlange die Annahme einer Ausnahme von der Ausschreibungspflicht unabhängig davon, ob sie nach dem zugrunde zu legenden Regelwerk zwingend oder in das Ermessen des Dienststellenleiters gestellt sei, eine Richtigkeitskontrolle durch den Personalrat, um ein Leerlaufen des Mitbestimmungsrechts zu vermeiden.

- 6 Die Beteiligte verteidigt die angegriffene Entscheidung.

II

- 7 Die auf das Vorliegen eines Mitbestimmungsrechts gemäß § 88 Abs. 1 Nr. 25 des Hamburgischen Personalvertretungsgesetzes vom 8. Juli 2014 - HmbPersVG - (HmbGVBl. S. 299), zu dem hier maßgeblichen Zeitpunkt zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 26. Juni 2020 (HmbGVBl. S. 363), beschränkte Rechtsbeschwerde des Antragstellers ist zulässig und begründet. Der angefochtene Beschluss des Oberverwaltungsgerichts beruht auf der unrichtigen Anwendung einer Rechtsnorm (§ 99 Abs. 2 HmbPersVG i. V. m. § 93 Abs. 1 Satz 1 ArbGG). Die der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts zugrundeliegende Rechtsauffassung, ein für bestimmte Personalentscheidungen dem Dienstherrn freigestelltes Absehen von einer grundsätzlich bestehenden Ausschreibungspflicht sei nur dann mitbestimmungspflichtig, wenn insoweit eine ständige Übung der Ausschreibung bestehe, steht mit § 88 Abs. 1 Nr. 25 HmbPersVG nicht in Einklang.
- 8 Weil der entscheidungserhebliche Sachverhalt geklärt ist, entscheidet der Senat in der Sache selbst (§ 96 Abs. 1 Satz 2 ArbGG i. V. m. § 562 Abs. 1 und § 563 Abs. 3 ZPO). Der konkrete Feststellungsantrag, gegen dessen Zulässigkeit keine Bedenken bestehen, ist begründet. Dem Antragsteller steht entgegen der Rechtsauffassung des Oberverwaltungsgerichts sowohl bei dem Verzicht auf Ausschreibung des Dienstpostens BAS-L 10 anlässlich der Umsetzung der Sozialamtfrau A als auch bei dem Verzicht auf Ausschreibung des Dienstpostens

ASD-L 40 vor der Besetzung mit der aus der Elternzeit zurückkehrenden Sozialamtfrau B ein Mitbestimmungsrecht nach § 88 Abs. 1 Nr. 25 HmbPersVG zu.

- 9 1. Nach § 88 Abs. 1 Nr. 25 HmbPersVG hat der Personalrat beim Verzicht auf die Ausschreibung von Stellen mitzubestimmen, die besetzt werden sollen. Die Regelung ist inhaltsgleich mit § 75 Abs. 3 Nr. 14 des Bundespersonalvertretungsgesetzes in der bis zum 14. Juni 2021 geltenden Fassung (BPersVG a. F.), der wiederum wortgleich ist mit § 78 Abs. 1 Nr. 12 des am Folgetag in Kraft getretenen Bundespersonalvertretungsgesetzes - BPersVG - vom 9. Juni 2021 (BGBl. I S. 1614). Für das Eingreifen des Mitbestimmungstatbestandes ist eine grundsätzliche Verpflichtung zur Ausschreibung erforderlich. Dazu hat das Bundesverwaltungsgericht bereits in seinem Beschluss vom 14. Januar 2010 - 6 P 10.09 - (BVerwGE 136, 29 Rn. 12), den auch das Oberverwaltungsgericht zu Recht heranzieht, unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung zu § 75 Abs. 3 Nr. 14 BPersVG a. F. entschieden, dass eine Verpflichtung zur Ausschreibung nicht aus diesem Mitbestimmungstatbestand selbst zu entnehmen ist. Die Mitbestimmung beim Absehen von der Ausschreibung von Dienstposten setzt vielmehr voraus, dass zu besetzende Stellen üblicherweise ausgeschrieben werden. Eine solche Übung kann einer grundsätzlichen Verpflichtung folgen, die sich aus Rechts- oder Verwaltungsvorschriften ergibt, oder auf ständiger Verwaltungspraxis beruht (BVerwG, Beschlüsse vom 14. Januar 2010 - 6 P 10.09 - BVerwGE 136, 29 Rn. 12, vom 4. Mai 2012 - 6 PB 1.12 - Buchholz 250 § 75 BPersVG Nr. 117 Rn. 6, vom 4. Februar 2014 - 6 PB 36.13 - Buchholz 250 § 75 BPersVG Nr. 122 Rn. 5, 8 und vom 30. Dezember 2022 - 5 PB 2.22 - PersV 2023, 265 Rn. 10).
- 10 Die Beteiligung des Personalrats im Zusammenhang mit der Stellenausschreibung rechtfertigt sich aus der Überlegung, dass die Auswahl der Person, mit der eine freie Stelle besetzt wird, in der Regel das berufliche Fortkommen oder sonstige berufsbezogene Belange und Vorstellungen anderer in der Dienststelle Beschäftigter berührt und deswegen ein schutzwürdiges kollektives Interesse daran besteht, sicherzustellen, dass sich nach Möglichkeit jeder interessierte Beschäftigte an der Bewerberkonkurrenz beteiligen kann. Dieses Interesse ist auch besonders stark, wenn sich die Stellenbesetzung innerhalb der Dienststelle vollzieht. Die Frage, ob die zu besetzende Stelle dienststellenintern ausgeschrieben

wird oder nicht, hat Gewicht. Denn darin, ob das geschieht, liegt die Entscheidung darüber, ob innerhalb der Dienststelle eine offene Bewerberkonkurrenz ermöglicht wird oder ob die Stelle auf andere Weise besetzt wird (BVerwG, Beschlüsse vom 14. Januar 2010 - 6 P 10.09 - BVerwGE 136, 29 Rn. 23 m. w. N. und vom 8. Juni 2023 - 5 P 3.22 - juris Rn. 14).

- 11 Diesem Schutzgedanken wird nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts am ehesten entsprochen, wenn die Mitbestimmung unabhängig davon eingreift, ob die Nichtvornahme der Ausschreibung nach dem zugrunde zu legenden speziellen Regelwerk auf einer zwingenden Ausnahme beruht oder ins Ermessen des Dienststellenleiters gestellt ist. Die Beteiligung des Personalrats bleibt unvollständig, wenn ihm eine entsprechende Richtigkeitskontrolle vorenthalten wird. Zugleich wird vermieden, dass die Exekutive in die Lage versetzt wird, durch die Ausgestaltung der Ausnahmetatbestände die Mitbestimmung nach Belieben auszuschließen oder einzuschränken (BVerwG, Beschlüsse vom 14. Januar 2010 - 6 P 10.09 - BVerwGE 136, 29 Rn. 22, 24 und vom 4. Mai 2012 - 6 PB 1.12 - Buchholz 250 § 75 BPersVG Nr. 117 Rn. 6). Auch dann, wenn die zuständige Dienstbehörde befugt ist, für ihren Geschäftsbereich durch Verwaltungsvorschrift Fallgestaltungen zu bestimmen, bei denen von einer Ausschreibung abgesehen wird, hat sie bei deren Anwendung das Mitbestimmungsrecht der zuständigen Personalvertretung zu beachten. Daher ist in einem solchen Fall die Durchführung eines Mitbestimmungsverfahrens unvermeidlich, wobei sich die Mitbestimmung des Personalrats im Zusammenhang mit der konkreten Stellenbesetzung jedenfalls darauf erstreckt, ob ein derartiger Ausnahmefall nach der Verwaltungsvorschrift gegeben ist (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 14. Januar 2010 - 6 P 10.09 - BVerwGE 136, 29 Rn. 25, vom 4. Mai 2012 - 6 PB 1.12 - Buchholz 250 § 75 BPersVG Nr. 117 Rn. 7 und vom 4. Februar 2014 - 6 PB 36.13 - Buchholz 250 § 75 BPersVG Nr. 122 Rn. 8).
- 12 Mit dem Schutzgedanken des Mitbestimmungsrechts beim Verzicht auf Ausschreibung gemäß § 88 Abs. 1 Nr. 25 HmbPersVG und diesen Grundsätzen ist es nicht vereinbar, wenn das Oberverwaltungsgericht für das Vorliegen der Voraussetzung einer allgemeinen Übung der Ausschreibung zu besetzender Dienstposten nicht auf die grundsätzlich bestehende Verpflichtung zur Stellenaus-

schreibung, sondern allein auf die durch Verwaltungsvorschrift geregelten Ausnahmen hiervon abstellt. In den Blick zu nehmen ist vielmehr das gesamte spezielle Regelwerk, das sich mit der Ausschreibung von Stellen befasst. In den vorliegenden Fällen hat der Gesetzgeber die Entscheidung für eine üblicherweise stattfindende Ausschreibung mit dem § 10 Abs. 1 Satz 1 HmbBG getroffen, der als landesrechtliche Norm nach § 99 Abs. 2 HmbPersVG i. V. m. § 92 Abs. 2 Satz 1, § 93 Abs. 1 Satz 1 ArbGG ebenfalls der Beurteilung durch das Rechtsbeschwerdegericht unterliegt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 13. Januar 1961 - 7 P 3.60 - BVerwGE 11, 336 <337>). Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 HmbBG sollen die Bewerberinnen und Bewerber durch Stellenausschreibung ermittelt werden. Diese Sollregelung besagt, dass für den Regelfall die Ausschreibung vorzunehmen ist und nur in Ausnahmefällen davon abgesehen werden darf (vgl. BVerwG, Beschluss vom 14. Januar 2010 - 6 P 10.09 - BVerwGE 136, 29 Rn. 17). Dies wird nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts durch die Anordnung über Stellenausschreibungs- und Stellenbesetzungsverfahren für die hamburgische Verwaltung (Stellenanordnung) vom 8. Dezember 2020 näher konkretisiert. In ihr heißt es nach den nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen und zwischen den Beteiligten auch nicht streitigen Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts in Ziffer 5.1: "Freie oder absehbar freiwerdende Stellen sind grundsätzlich auszuschreiben (vgl. § 10 HmbBG). Keine Ausschreibungspflicht besteht für freie Stellen, die durch FHH-interne Umsetzung, Abordnung, Versetzung, Zuweisung oder andere personalrechtliche Maßnahmen jeweils wertgleich besetzt werden sollen." Bereits aus der danach grundsätzlich bestehenden Ausschreibungspflicht gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 HmbBG, den Ziffer 5.1 Satz 1 der Stellenanordnung aufgreift, folgt für den Bereich der Landesbeamten, dass jede Stellenbesetzung, welche der Dienststellenleiter ohne Ausschreibung vorzunehmen beabsichtigt, der Mitbestimmung des Personalrats nach § 88 Abs. 1 Nr. 25 HmbPersVG unterliegt. Wenn es, wie das Oberverwaltungsgericht ausgeführt hat, auf der Grundlage von Ziffer 5.1 Satz 2 der Stellenanordnung bei FHH-internen wertgleichen Umsetzungen bei der Besetzung freier Stellen keine rechtliche Verpflichtung zur Ausschreibung gibt, stellt dies – nicht anders als bei einer durch Rechtsverordnung begründeten Abweichungsmöglichkeit – lediglich eine durch eine Verwaltungsvorschrift begründete und nach dem Gesetz zulässige Ausnahme von diesem Grundsatz dar, lässt diesen selbst aber nicht, auch nicht bereichsspezifisch, entfallen.

- 13 Dem Antragsteller steht daher ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 88 Abs. 1 Nr. 25 HmbPersVG zu, wenn die Beteiligte beabsichtigt, die betreffenden Stellen unter Berufung auf Ziffer 5.1 Satz 2 der Stellenanordnung in Abweichung von § 10 Abs. 1 Satz 1 HmbBG nicht auszuschreiben. Das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers erstreckt sich dabei nach den obigen Darlegungen jedenfalls auf die Richtigkeitsprüfung durch den Personalrat, ob einer der dort genannten Ausnahmefälle gegeben ist.
- 14 2. Die Mitbestimmung gemäß § 88 Abs. 1 Nr. 25 HmbPersVG ist in den vorliegenden Fällen – anders als das Oberverwaltungsgericht meint – auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil wegen des Fehlens einer Ausschreibungspflicht und einer allgemeinen Übung, solche Stellen auszuschreiben, gar keine Entscheidung über die Ausschreibung und damit auch kein Ausschreibungsverzicht im Sinne des Mitbestimmungstatbestands vorliege.
- 15 Wegen des rechtssystematischen Zusammenhangs mit § 87 Abs. 1 HmbPersVG genügt allerdings für das Vorliegen eines Ausschreibungsverzichts im Sinne des § 88 Abs. 1 Nr. 25 HmbPersVG ebenso wenig wie bei § 75 Abs. 3 Nr. 14 BPersVG a. F. bzw. § 78 Abs. 1 Nr. 12 BPersVG im Hinblick auf den Zusammenhang mit § 69 Abs. 1 BPersVG a. F. und § 70 Abs. 1 BPersVG ein bloßes bzw. schlichtes Unterlassen der Ausschreibung, sondern es ist eine Maßnahme des Leiters der Dienststelle erforderlich. Dies setzt ein positives – ausdrückliches oder konkludentes – Handeln des Dienststellenleiters voraus. Solches liegt nicht nur dann vor, wenn der Dienststellenleiter gegenüber dem Personalrat oder sonst verlautbart, dass im gegebenen Fall von einer Ausschreibung abgesehen wird. Eine – stillschweigende – positive Entscheidung ist auch dann gegeben, wenn der Dienststellenleiter eine Ausnahmvorschrift anwendet, die ein Absehen von einer Ausschreibung vorsieht (BVerwG, Beschluss vom 14. Januar 2010 - 6 P 10.09 - BVerwGE 136, 29 Rn. 21). Denn dies setzt die Prüfung und Beurteilung ihrer Tatbestandsvoraussetzungen voraus. Von einem schlichten Unterlassen, welches nicht zur Mitbestimmung führt, ist nur in solchen Fällen auszugehen, in welchen der Dienststellenleiter eine bisherige Praxis der Nichtausschreibung fortsetzt. Letzteres ist bei einer an Recht und Gesetz gebundenen Verwaltung nur bei einem ungeregelten Zustand denkbar, nicht aber dann, wenn Rechts-

und Verwaltungsvorschriften die Ausschreibung grundsätzlich gebieten und nur Ausnahmen in bestimmten Fällen vorsehen (BVerwG, Beschluss vom 14. Januar 2010 - 6 P 10.09 - BVerwGE 136, 29 Rn. 21 m. w. N.). Aus dem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. April 2015 - 5 P 8.14 - (Buchholz 250 § 69 BPersVG Nr. 33), in dem das Vorliegen eines den Maßnahmebegriff nicht erfüllenden schlichten Unterlassens angenommen worden ist, folgt für den vorliegenden Fall jedenfalls deshalb nichts anderes, weil der Dienstherr dort anders als hier davon ausging, dass er für den Verzicht auf Ausschreibung schon gar nicht zuständig sei.

- 16 Nach den für den Senat bindenden Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts schreibt die Beteiligte zwar in Anwendung von Ziffer 5.1 Satz 2 der Stellenanordnung FHH-interne wertgleiche Umsetzungen etc. regelmäßig nicht aus, sondern nimmt eine Ausschreibung nur dann vor, wenn eine interne, wertgleiche Besetzung einer freien Stelle wegen fehlenden Wechselinteresses oder wegen mangelnder Qualifikation wechselwilliger Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nicht möglich ist, wobei dienststellenintern ein Interessenbekundungsverfahren vorgeschaltet ist. Wie oben dargelegt, ist die Ausschreibung von Stellen in Hamburg aber nicht unregelt, sondern vielmehr nach § 10 Abs. 1 HmbBG und Ziffer 5.1 Satz 1 der Stellenanordnung grundsätzlich geboten. Die Feststellung eines Ausnahmefalls nach Ziffer 5.1 Satz 2 der Stellenanordnung bedarf deshalb stets einer ausdrücklichen oder konkludenten Entscheidung des Dienststellenleiters. Die Anwendung der Ausnahmeregelung nach Ziffer 5.1 Satz 2 der Stellenanordnung setzt stets eine entsprechende Prüfung des Vorliegens ihrer Voraussetzungen im Einzelfall voraus und stellt sich damit nicht als bloßes Unterlassen, sondern als Maßnahme im Sinne des § 87 Abs. 1 HmbPersVG dar.

Dr. Störmer

Stengelhofen-Weiß

Dr. Harms

Holtbrügge

Preisner